Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau.

Vorgelegt von
Hans Seidel
Referendar in Liegnitz.

Breslau 1927.
Druck von Oscar Heinze, Buchdruckerei und Verlagsanstalt, Liegnitz, Ritterstraße 24.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

Berichterstatter:

Geheimer Regierungsrat Professor Dr. Helfritz.

Inhalt.

Literaturverzeichnis.

Archiv für öffentliches Recht.

Binding: Zum Werden und Leben der Staaten, München und Leipzig 1920.

Bornhak: Grundriß des Verwaltungsrechts, Leipzig 1921, 7. Aufl.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung. Herausgegeben von Schelcher, Leipzig.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. Tübingen 1922. 6. u. 7. Aufl.

Fleiner: Einzelrecht und öffentliches Interesse. Tübingen 1925.

Friedrichs: Der allgemeine Teil des Rechts (in Hirts Annalen, 1917.)

v. Gehe: Zur Frage der Anwendung der sogenannten Privatrechtstitel im öffentlichen Recht. In Fischers Zeitschrift, Bd. 34.

Grosch: Der öffentlichrechtliche Vertrag. (Im Öffentlichen Recht der Gegenwart: 1911.)

Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. Leipzig 1924. 3. u. 4. Aufl.

Helfritz: Allgemeines Staatsrecht. Berlin 1924.

Helfritz: Die Vertretung der Städte und Landgemeinden nach außen in dem Gemeinderecht der östlichen Provinzen Preußens. Berlin 1916.

Hirts Annalen.

Jellinek: System der subjektiv öffentlichen Rechte. Tübingen 1905. II. Aufl.

Jellinek: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. Tübingen 1908.

Kelsen: Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft. (Arch. f. öffentl. Recht, Bd. 31.)

Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910.

Layer: Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage. Graz 1916.

Loening: Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen. Frankfurt 1849.

Loening: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1884.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. München 1924. III. Aufl.

Meyer-Dochow: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1910. III. Aufl.

Neuwiem: Die kommunalen Zweckverbände in Preußen. Liegnitz 1919.

Öffentliches Recht der Gegenwart. Tübingen, Jahrgang 1911.

Schön: Deutsches Verwaltungsrecht. In von Holtzendorffs Enzyklopädie. Leipzig u. Berlin 1914. 7. Aufl. Bd. 4.

v. Stengel: Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Freiburg 1897.

Stölzel: Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen. Berlin 1901.

Tezner: Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht (Arch. f. öff. Recht. Bd. 9).

Verwaltungsarchiv. Herausgegeben von Schultzenstein und Keil. Berlin 1892 ff.

Weyr: Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems. (Im Arch. f. öff. R. Bd. 23.)

I. Einleitung.

In den letzten Jahrzehnten hat die Wissenschaft die Grenzen zwischen öffentlichem und privatem Recht allmählich deutlicher gezogen und die Unterschiede zwischen beiden immer genauer herausgearbeitet und betont.

Dadurch ist auch in die Verwaltungsrechtswissenschaft größere Übersichtlichkeit und Klarheit gekommen. Das Verwaltungsrecht ist nicht mehr eine Mischung von Einrichtungen des Staats-, Straf-, Privat- und Prozeßrechts im Sinne Labands. Es hat heute seine vollste Daseinsberechtigung gefunden als eines eigenen juristischen Faches, als einer besonderen Rechtsdisziplin.

Bei jener fortschreitenden Abgrenzung des Verwaltungsrechts gegenüber dem Privatrecht sind Streitfragen, die dieses Grenzgebiet berühren, einer dauernden Neubeantwortung und Nachprüfung unterworfen. Dorthin gehört die sehr umstrittene Frage des öffentlich-rechtlichen Vertrages. Alle Schwierigkeiten umgehen diejenigen, die eine Grenze zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht kennen und jede Unterscheidung für überflüssig halten[1]), also z. B. den Befehl des Dienstherrn aus dem privaten Dienstvertrag dem Befehle der Obrigkeit gleichsetzen.

Die Untersuchung, ob die Annahme eines öffentlichen Rechts vom Standpunkte der Rechtslogik und der Rechtsphilosophie, eine von Weyr vertretene Ansicht[2]), zu verwerfen ist, würde vom eigentlichen Thema abführen. Wenn auch nach Waldecker[3]) die Weyr'sche Theorie von der Einheit des Rechts nicht ganz unberechtigt erscheint, so soll der von der Wissenschaft und Praxis allgemein anerkannte Gegensatz von privatem und öffentlichem Recht, m. a. W. die Existenz eines besonderen öffentlichen Rechts

---

[1]) Diese Ansicht wird nur von wenigen Autoren vertreten und zwar von Weyr, Arch. f. öff. R. Bd. 23, S. 529, ders. in Grünhuts Zeitschrift f. öff. R. Bd. 40, S. 175, Kelsen, Arch. f. öff. R. Bd. 31, S. 53, Laun, Arch. f. öff. R. Bd. 30, S. 397, v. Schenk i. d. österreich. Zeitschr. f. öff. R. 1914, S. 63 ff.

[2]) Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems im Arch. f. ö. R. Bd. 23 S. 529.

[3]) In Hirts Annalen 1915 S. 342 Nr. 28; Verw. Arch. 25, 73.

als vorhanden angesehen und damit die Berechtigung des Vertragsproblems im öffentlichen Recht festgestellt werden.

Es ließe sich auch praktisch der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht garnicht beseitigen, da unsere ganze Rechtsordnung darauf aufgebaut ist[4]).

In den wissenschaftlichen Abhandlungen über den öffentlichen-rechtlichen Vertrag streitet man sich nun um den Begriff und das Wesen dieser Rechtsform, ja man leugnet sogar seine Existenz. In den nachstehenden Ausführungen soll nicht die ganze Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages aufgerollt, vielmehr sollen nach einer Gegenüberstellung der Theorien die Punkte herausgegriffen werden, die nach dem heutigen Standpunkt der Wissenschaft das Wesen des öffentlich-rechtlichen Vertrages bestimmen.

II. Die Theorien über den öffentlichrechtlichen Vertrag.

Bei der Darstellung der Theorie über den öffentlich-rechtlichen Vertrag scheint es zweckmäßig, mit der Ansicht zu beginnen, die die Existenz dieser Rechtsform überhaupt bestreitet.

In der Hauptsache ist Otto Mayer der Verfechter dieser Auffassung; allerdings hat er in neuester Zeit diesen Standpunkt, wenn auch nicht aufgegeben, so aber ihm eine andere Wendung gegeben. Er stellt den Satz auf[5]), wahre Verträge seien auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts nicht möglich; der Vertrag im eigentlichen Sinne sei im Verwaltungsrecht unanwendbar, da der Vertrag koordinierte Subjekte voraussetze; im Verwaltungsrecht sei aber eine Gleichordnung nicht vorhanden. Es sei nichts anderes als eine Folgerung aus dem das öffentliche Recht beherrschenden Grundsatze der allgemein einseitig bindenden Kraft des Staatswillens. Wo rechtlich ein Verhältnis der Über- und Unterordnung gegeben sei, da vollzögen sich die Lebensverhältnisse nicht in einem Sichvertragen, sondern im Befehlen und Gehorchen. Damit wäre ein Vertrag zwischen Staat und Untertan schlechtweg unmöglich. Zum Vertrage gehöre, daß nicht der eine die Rechtswirkung erzeuge und der andere sich das gefallen lasse, sondern daß beide zusammen sie geschaffen haben. Was man Verträge

---

[4]) Vgl. Helfritz, Allg. Staatsr. S. 11.

[5]) Arch. f. ö. R. Bd. III S. 42.

nenne, seien in Wahrheit Verwaltungsakte, die nur mit Zustimmung des Betroffenen erfolgen könnten.

Otto Mayer hat daher die ursprünglich[6]) als öffentlich-rechtliche Verträge bezeichneten Tatbestände später[7]) als „Verwaltungsakte auf Unterwerfung“ charakterisiert. Darin liegt die bereits angedeutete Wendung der Mayerschen Ansicht.

Diese Unbenennung ist deswegen von großem Nutzen geworden, weil die Bezeichnung der Rechtsgeschäfte als öffentlich-rechtliche Verträge, die Otto Mayer im Auge hatte, vor allem die Beamtenernennung und die Naturalisation, irreführend und daher unglücklich im Ausdruck gewählt war.

Otto Mayer verstand unter öffentlich-rechtlichen Verträgen etwas ganz anderes als wie heute die Wissenschaft den Begriff auffaßt; er meinte damit einseitige Verwaltungsakte, die nur auf Antrag oder mit Zustimmung des Betroffenen ergehen. So kommt es, daß er früher[8]) betonte, den zivilrechtlichen und den öffentlich-rechtlichen Vertrag (in seinem Sinne!) dürfe man nicht gleichstellen, und so kamen ihm die Zweifel, ob man in Fällen, wie er sie ins Auge faßte, überhaupt noch von Verträgen sprechen könne. Diese Akte scheiden, — was Kormann[9]) richtig hervorhebt — aus dem Vertragsbegriff aus und sollen als einseitige Staatsakte bei der Betrachtung der öffentlich-rechtlichen Verträge nicht berücksichtigt werden.

Die frühere Ansicht Otto Mayers hat eigentlich nur noch geschichtliches Interesse, indem sie die Entwickelung und Wandlung des Vertragsbegriffs im öffentlichen Recht kennzeichnet. Heute dagegen stellt Otto Mayer wegen der nach seiner Auffassung im Verwaltungsrecht fehlenden Gleichordnung die Existenz öffentlich-rechtlicher Verträge in Abrede und erkennt nur an: Einseitige Verwaltungsakte auf Antrag oder mit Zustimmung der Beteiligten („Verwaltungsakte auf Unterwerfung“). Zu erklären ist dieser Standpunkt wohl daraus, daß Otto Mayer immer noch in der Hauptsache den Staatsdienstvertrag und die Naturalisation im Auge hat.

Unsere Stellungnahme zur Mayer'schen Theorie wird in den späteren Ausführungen über die Abgrenzung des

---

[6]) Arch. f. ö. R. Bd. III S. 3 ff.
[7]) Lehrb. Bd. I S. 98.
[8]) Arch. f. ö. R. Bd. III S. 23.
[9]) System S. 37.

öffentlich-rechtlichen Vertrages vom Privatvertrage klargestellt werden. Die Bedenken gegen seine Theorie seien jedoch schon hier kurz angedeutet:

In der Tat herrscht im Privatrecht das Prinzip der Gleichordnung und im öffentlichen Recht der Grundsatz der Über- und Unterordnung. Insoweit ist die Otto Mayersche Ansicht richtig.

Nun ist aber zu beachten, daß erstens der Staat als Hoheitsperson dem Untertan gegenübertritt und zweitens auch gleichberechtigte Verbände des öffentlichen Rechts als Träger hoheitlicher Gewalt miteinander in Rechtsbeziehungen treten. In beiden Fällen gilt öffentliches Recht, obwohl im zweiten Falle die Beteiligten nicht im Verhältnis der hoheitlichen Über- und Unterordnung stehen. Um einem Rechtsverhältnis das öffentlich-rechtliche Gepräge zu verleihen, ist daher nicht erforderlich, daß die hoheitliche Zwangsgewalt, die in der Regel einen der am Rechtsverhältnis Beteiligten dem anderen gegenüber als untergeordnet erscheinen läßt, immer zur Anwendung kommt[10]. Daß die Regelung von Lebensverhältnissen im Interesse der Allgemeinheit oder des Staates, um die es sich im öffentlichen Recht handelt, allein auf dem Wege des Befehles zu erreichen oder durchzuführen sei und nicht auch auf dem der Gleichordnung, m. a. W. auf vertraglichem Wege, ist nirgends ausgesprochen.

Die Existenz öffentlich-rechtlicher Verträge kann man also nicht in Abrede stellen mit der Begründung, daß im öffentlichen Recht der Befehl, m. a. W. die hoheitliche Zwangsgewalt entscheidend ist. Es besteht durchaus die Möglichkeit, daß außer der einseitigen Verfügung der Staatsgewalt der öffentlich-rechtliche Vertrag Bestand hat; allerdings ist er nicht häufig; in den meisten Fällen wird das Prinzip der Überordnung gelten. —

Der Theorie von Otto Mayer stehen die Ansichten derjenigen gegenüber, die den öffentlich-rechtlichen Vertrag als wohlberechtigt anerkennen, sich aber über die Erfordernisse dieser Rechtsform nicht einig sind.

Eine gewisse Einheitlichkeit der Auffassung[11]) besteht nur in dem Satze, daß ein öffentlich-rechtlicher Vertrag denkbar ist, wo das Gesetz diese Rechtsform zuläßt und

---

10) Helfritz, Allg. Staatsr. S. 8.

11) Vgl. Fleiner Institution S. 199 ff.; derselbe Einzelrecht S. 29; v. Stengel Bd. II S. 704; Kormann S. 29 ff.; Neuwiem S. 22.

den Behörden die Ermächtigung gibt, statt oder neben der Verfügung zur vertraglichen Vereinbarung zu schreiten. Eben weil im öffentlichen Recht die einseitige Verfügung vorherrscht, hält man bei Abweichung von dem Grundsatz die gesetzliche Ermächtigung für erforderlich.

Etwas weiter geht Layer[12]), der solche Verträge auch dann zulassen will, wenn eine gesetzliche Norm nur den Charakter einer Dispositivnorm, daher nur mangels einer anderweitigen, d. h. vertragsmäßigen Festsetzung subsidiär zur Anwendung zu kommen hat.

Fleiner[13]) läßt auch das Gewohnheitsrecht als Ermächtigung zur Eingehung solcher Verträge genügen.

Noch viel weiter geht Apelt[14]); er will aus den verstreut in Reichs- und Landesgesetzen, in Rechtsverordnungen und Ortsstatuten sich findenden Spezialnormen, welche die Beteiligten befähigen, zur Ordnung von Lebensverhältnissen des öffentlichen Rechts Verträge einzugehen, auf einen gemeinsamen Obersatz schließen. Er folgert aus diesen Spezialnormen, daß die Kontrahenten auch in allen anderen Fällen gleicher Art, selbst wenn für sie eine Spezialnorm nicht zur Verfügung steht, an den Inhalt ihrer Willenserklärungen gebunden sein sollen. Der öffentlich-rechtliche Vertrag soll also nach der Apelt'schen Ansicht mit rechtsverbindlicher Wirkung über die Spezialnormen hinaus zulässig sein. Außerdem ist nach seiner Meinung in der Autonomie der Selbstverwaltungskörper die Befugnis mitenthalten, eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung vertraglicher Art einzugehen[15]).

Stark von einander abweichend sind die Auffassungen über die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrages vom Privatvertrag[16]). Apelt[17]) unterstellt den Normen des öffentlichen Rechts alle Rechtsbeziehungen, die sich um den Begriff des öffentlichen Interesses der-

---

12) S. 21.

13) Institutionen S. 199, 202.

14) Nach Neuwiem S. 22 Anm. 1 aus Willibald Apelts Schrift „Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Leipzig, 1916; Jur. Habilitationsschrift (nicht für den Austausch bestimmt).

15) Um Wiederholungen zu vermeiden, nehmen wir erst bei der Betrachtung über das Wesen des öffentl.-rechtl. Vertrages S. 13 ff. Stellung zu diesen Theorien.

16) Dieser Gesichtspunkt, der hier nur bei der Aufzählung der Theorien mit berücksichtigt ist, wird auf S. 14 ff. näher behandelt.

17) S. 120 ff. nach Neuwiem S. 24 Anm. 3.

gestalt gruppieren, daß dieses unmittelbar den Inhalt der einzelnen Rechtsverhältnisse bestimmt.

Kormann[18]) und Neuwiem[19]) sehen einen allgemeinen Anhaltspunkt für die Entscheidung, ob ein Privat- oder öffentlich-rechtlicher Vertrag gegeben ist, in demjenigen öffentlich-rechtlichen Rechtsgeschäft, das auf den Eintritt öffentlich-rechtlicher Wirkungen gerichtet ist.

Das leitende Prinzip für die Abgrenzung vom Staatshoheitsakt und Vertrag liegt nach Grosch[20]) darin, daß überall, wo ein Verwaltungsakt dem Staat kein neues Recht zuführt, er auf der normalen staatlichen Kompetenz beruht und daher seinem Wesen nach Verfügung ist, dort jedoch, wo der Staat neues Recht erwirbt, sei es einfache oder qualifizierte Gewalt, ein Vertrag des öffentlichen Rechts vorliegt.

Bei der Untersuchung, ob im einzelnen Fall ein öffentlich-rechtlicher Vertrag gegeben ist, prüfen wiederum andere (Kormann, S. 30; v. Stengel, S. 704; Apelt, S. 122) die Frage, welche Personen als Kontrahenten beteiligt sind. — So fordert Apelt[21]) für den Vertrag des öffentlichen Rechts die Beteiligung einer oder mehrerer Personen, die als Vertreter öffentlicher Verwaltungen auftreten. Auch v. Stengel verlangt für seine Zulässigkeit die Mitwirkung mindestens einer persona publica.

Kormann dagegen hebt hervor, wie es für das publizistische Rechtsgeschäft überhaupt unwesentlich sei, ob dabei als Handelnder eine Behörde wie beim Verwaltungsakt, oder aber eine Privatperson auftritt wie beim nichtamtlichen publizistischen Rechtsgeschäft, so sei es auch beim publizistischen Vertrag bedeutungslos. Auch bei ihm komme es nur darauf an, daß der Handelnde als Träger öffentlicher Rechte und Pflichten handelt; tut er dies, so handelt er publizistisch und wenn er einen Vertrag abschließe, so sei dies ein publizistischer Vertrag. Er nennt als Beispiel für einen öffentlich-rechtlichen Vertrag unter zwei Privatpersonen den Prorogationsvertrag nach § 38 ZPO. Er beschränkt also den öffentlich-rechtlichen Vertrag nicht auf das Verwaltungsrecht.

In der vorangegangenen Gegenüberstellung der angeführten Auffassungen über das Wesen dieser Vertragsart

---

18) System S. 33;
19) S. 25.
20) Im öffentlichen Recht der Gegenwart 1911 S. 270.
21) S. 122 ff. (nach Neuwiem).

sollte zunächst einmal in Grundzügen gezeigt werden, wie wenig einheitlich überhaupt das Problem behandelt und unter wie verschiedenartigen Gesichtspunkten die Streitfrage beleuchtet wird. Unsere Stellungnahme zu den einzelnen Theorien und eine nähere Prüfung der Ansichten sollen die folgenden Ausführungen bringen und damit einen Beitrag zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrage bilden.

III. Das Wesen des öffentlichrechtlichen Vertrages.

Wenn im Folgenden versucht wird, die Wesenszüge des öffentlich-rechtlichen Vertrages festzustellen, so soll damit nicht eine neue Theorie neben die vielen anderen gestellt, sondern an Hand der aufgezählten Anschauungen soll die für die Anwendung des Vertrages in der Praxis am besten geeignete Begriffsbestimmung gefunden werden.

Trotz ihrer Vielgestaltigkeit gruppieren sich die Meinungen nur um einige Kernpunkte: Um die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrages vom Privatvertrag[22]) und der einseitigen Verfügung unter Zustimmung des Betroffenen, um die Frage der Gleichordnung und der Art der beteiligten Person und um die gesetzliche Ermächtigung zum Abschluß des Vertrages. Diese Spezialisierung des Problems auf die genannten Einzelfragen wird in den kommenden Ausführungen in der Hauptsache beibehalten.

§ 1.

Abgrenzung.

a) Vom Privatvertrag.

Zunächst ist eine Abgrenzung des öffentlichrechtlichen Vertrages von dem des Privatrechts zu finden; daraus ergibt sich dann eine Begriffsbestimmung des öffentlich-rechtlichen Vertrages.

[22]) In der Praxis ist ein Sprachgebrauch verbreitet, der alle Verträge, sowohl die öffentlichrechtlichen wie die privatrechtlichen, welche die Verwaltung als persona potentior oder als fiscus abschließt, unter dem Titel „Verwaltungsverträge“ zusammenfaßt. Dieser Sprachgebrauch ist zu bedauern, weil wir so keine klare Trennung der Verträge bekommen und diese doch gerade erwünscht ist. Die wissenschaftliche Arbeit an dem Vertragsproblem des öffentlichen Rechts wird dadurch immer wieder erschwert; denn letzten Endes bleibt lediglich ein Streit um den Namen übrig — der Streit, welche Verträge man öffentlich-rechtliche nennen soll.

Die Verwaltungsbehörde übt ihre Tätigkeit aus nicht nur durch Erlaß von Verfügungen oder durch Abschluß öffentlichrechtlicher Verträge, wie man es erwarten könnte, sondern schließt als Organ einer Verbandsperson bei der Besorgung zahlreicher Verwaltungsaufgaben auch Verträge über zivilrechtliche Verhältnisse.

Die privatrechtlichen Verträge der Verwaltung können den verschiedensten Inhalt haben. Die üblichsten Vertragsarten werden Kaufverträge, Tauschverträge, Lieferungsverträge, Dienstmietverträge, Transport- und Speditionsverträge sein; sie können sich aber auch auf die Bestellung und Erwerbung von Dienstbarkeiten und anderen dinglichen Rechten beziehen. Der Zweck, dem das Objekt eines Vertrages dienen soll, ist für den Charakter des Vertrages ohne Bedeutung. Ob die Steine, die die Verwaltungsbehörde als Vertreter des Fiskus kauft, für ein Wirtschaftsgebäude auf einem fiskalischem Gute oder zum Bau einer Festungsmauer verwendet werden, ist gleichgültig.

Auf privatrechtliche Verträge der Verwaltung finden naturgemäß die Vorschriften des Privatrechts Anwendung. Der Einfluß des öffentlichen Rechts zeigt sich nur insofern, als die Frage „wer berechtigt ist, namens des Gemeinwesens den Vertrag abzuschließen", nach den dem öffentlichen Recht angehörigen Vorschriften über die Zuständigkeit der Behörden zu beantworten ist.

Ob nun im einzelnen Falle ein Vertrag des privaten oder des öffentlichen Rechts in Frage steht, darüber entscheidet allein das innere Wesen des abgeschlossenen Vertrages. Um eine sichere Abgrenzung dieser beiden Vertragsarten geben zu können, ist zuvor die Frage zu entscheiden: Was heißt öffentlichrechtlich?

Layer[23]) beantwortet sie wie folgt: Öffentlichrechtlich ist ein Rechtsverhältnis dann, wenn die Rechte und Pflichten, die es umfaßt, nicht Gegenstand der Privatrechtsordnung und des privaten Rechtsverkehrs sind, sondern durch Vorschriften des öffentlichen Rechts ihre Normierung gefunden haben.

Weyr[24]) fragt in seiner Kritik der Layer'schen Schrift ganz mit Recht weiter: Worin unterscheidet sich also „die Privatrechtsordnung" von den „Vorschriften" des öffentlichen Rechts? Für eine klare Lösung des Vertragsproblems im öffentlichen Recht verlangt Weyr die prinzipielle

---

[23]) a. a. O.

[24]) Arch. f. ö. R. Bd. 37 S. 377.

Abgrenzung des öffentlichen und des Privatrechts überhaupt. In der Tat ist diese Vorfrage zu untersuchen.

Während das römische Recht ius publicum und privatum streng von einander schied, kannte das ältere deutsche Recht nur ein Rechtsystem. Ursprünglich war also eine Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht unbekannt. Es gab nur privates Recht (oder wie andere meinen[25]), nur öffentliches Recht). Die Vermischung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Elemente durchzieht noch fast alle Rechtsinstitute des Mittelalters (z. B. das Lehnswesen). Innerhalb der Rechtsordnung entdeckte man später Rechtsverhältnisse, bei denen wenigstens eines der beteiligten Rechtssubjekte mit hoheitlicher Gewalt ausgestattet war und deren Regelung im öffentlichen Interesse zwangsweise erledigt wurde. Diesen Normen gab man einen Namen; man nannte sie „öffentliches Recht." So setzte allmählich eine Loslösung des öffentlichen Rechts vom privaten ein.

In der älteren Literatur fanden sich 17 Theorien[26]), die alle die verschiedensten Gesichtspunkte für die Abgrenzung aufstellten. Dieses Gewirr der Meinungen hat sich geklärt und im wesentlichen gelten heute noch zwei Theorien, die man als die herrschenden bezeichnen kann.

Die erste ist die Interessentheorie die kurz besagt: Öffentliches Recht soll öffentliche Interessen, privates Recht soll private Interessen regeln.

Die zweite Theorie sieht das Kriterium des öffentlichen Rechts, wie schon angedeutet, in der durch die Rechtsordnung geschaffenen Höherwertung der Staatspersönlichkeit. Diese Auffassung stimmt in der Hauptsache mit dem Satze überein, den Otto Meyer aufgestellt hat: „Das öffentliche Recht ist nichts anderes als die Ordnung von Verhältnissen, an welchen ein Träger öffentlicher Gewalt selbst beteiligt ist.

Nach dieser zweiten Theorie soll m. a. W. das Prinzip der überordnung für die Abgrenzung des privaten und öffentlichen Rechts maßgebend sein.

Gegen die erstgenannte Interessentheorie werden sehr

---

[25]) Wehr, Arch. f. öff. R. Bd. 23, S. 529; Wehr, in Grünhuts Zeitschrift f. öff. R. Bd. 40, S. 175; v. Schenk, in d. österreichischen Zeitschr. f. öff. R. 1914, S. 63 ff.; Laun, Arch. f. öff. R. Bd. 30, S. 397; Kelsen, Arch. f. öff. R. Bd. 31, S. 53.

[26]) Vgl. Kelsen, Arch. f. ö. R. Bd. 31 S. 80 ff.

beachtliche Bedenken vor allem von Helfritz[27]) und Kelsen[28]) geltend gemacht: Sie gibt niemals ein objektives Kriterium. Immer wird das Objekt verschieden sein, nach dem jeweiligen Standpunkt des Betrachters wird die Auffassung über das Objekt wechseln. Die Interessenabwägung liefert ein sehr unsicheres Unterscheidungsmerkmal. Schließlich ist auch die Privatrechtsordnung im öffentlichen Interesse gegeben. Dies kann eben Veranlassung geben zu der Behauptung, daß es nur ein Rechtssystem, nämlich nur öffentliches Recht gäbe (vgl. oben Seite 7 die Weyr'sche Theorie).

Wenn nun auch die Privatrechtsordnung im öffentlichen Interesse geschaffen ist — diese Tatsache wird sich nicht leugnen lassen —, so ist sie deswegen kein öffentliches Recht, weil die Ordnung nicht vom Prinzip der Überordnung beherrscht wird, jenem Wesenszug, der gerade zur Loslösung und Bildung eines zweiten Rechtssystems beitrug.

Trotz der hervorgehobenen Bedenken gegen die Interessentheorie ist sie doch nicht ganz von der Hand zu weisen. Immerhin gibt das öffentliche Interesse einen gewissen Hinweis auf öffentliches Recht. Auf der anderen Seite stellt die Überordnung des Gemeinwesens ein Charakteristikum des öffentlichen Rechts dar. Infolgedessen wird man zu einer befriedigenden Abgrenzung der Rechtssysteme und damit der Verträge im öffentlichen und privaten Recht kommen durch die Vereinigung dieser beiden Theorien über das Wesen des öffentlichen Rechts. Danach würden das Kriterium des öffentlichen Rechts bilden: Erstens das öffentliche Interesse und zweitens das Prinzip der Überordnung.

Diese Feststellung würde den Satz bestätigen den schon Friedrichs[29]) einmal aufgestellt hat: Öffentlichrechtlich ist jedes Rechtsinstitut und jedes Lebensgebiet, das von einer Befehlsgewalt beherrscht wird, die von amtswegen im allgemeinen Interesse ausgeübt werden kann.

Nachdem wir nun die prinzipielle Abgrenzung des öffentlichen und privaten Rechts gefunden und die Wesenszüge des öffentlichen Rechts festgestellt haben, können wir an die eigentliche Lösung des Vertragsproblems im öffent-

---

[27]) Allg. Staatsr. S. 13 und die in Anm. 1 zit. Literatur mit den geltend gemachten Bedenken.

[28]) Arch. f. ö. R. Bd. 31 S. 80 ff.

[29]) Hirts Annalen 1917 S. 396.

lichen Recht herangehen. Trotz der Feststellung, daß das sicherste Erkennungsmerkmal des öffentlichen Rechts die hoheitliche Zwangsgewalt ist, die einen der am Rechtsverhältnis beteiligten dem anderen gegenüber als untergeordnet erscheinen läßt[30]), läßt sich nun nicht etwa einwenden, also sei ein Vertrag im öffentlichen Recht undenkbar, denn zum Vertrage gehöre Gleichordnung. — Innerhalb des öffentlichen Rechts, das vom Grundsatz der Über- und Unterordnung beherrscht wird, kann der Gesetzgeber auch einmal eine Gleichordnung der Beteiligten gestatten. Wenn er die vertragliche Ordnung von Lebensgebieten, von Verpflichtungen, die der Staat aus öffentlichen Interesse geregelt hat, zuläßt, so schafft der Gesetzgeber damit kein Privatrecht innerhalb öffentlichrechtlicher Rechtsinstitute. Es gibt natürlich Fälle, in denen der Gesetzgeber Verträge innerhalb des öffentlichen Rechts schafft und diesen ausdrücklich privatrechtliche Wirkung beilegt (vgl. § 113 Absatz 2 des Pr. Wassergesetzes vom 7. 4. 1913). In diesen Fällen hebt der Gesetzgeber aber die Art des Vertrages besonders hervor; im allen übrigen handelt es sich um öffentlichrechtliche Verträge. Denn der Gegenstand des Vertrages liegt weiterhin auf dem Gebiet des öffentlichen Interesses; nur hat der Gesetzgeber für die Gestaltung öffentlichen Rechts durch Vertrag die Kontrahenten besonders ermächtigt, als gleichgeordnet aufzutreten, wie es dem Wesen jeden Vertrages entspricht[31]). Durch die Einkleidung in die Form des Vertrages wird ein Rechtsverhältnis noch nicht dem Bereiche des öffentlichen Rechts entzogen und in das Gebiet des Privatrechts gerückt.

Diese Auffassung scheint auch Hatschek[32]) zu teilen. Auf der einen Seite bestätigt er den Satz, daß ein Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht angehört, wenn es auf der Unterordnung des einen Teiles unter die Gewalt des anderen beruht, auf der anderen Seite stellt er nicht in Abrede, daß sich die Vertragsform im öffentlichen Recht genau so findet wie im Privatrecht, m. a. W. daß Rechtsbeziehungen denkbar sind, die unabhängig bleiben von der Unterwerfung unter die öffentliche Gewalt.

---

[30]) Vgl. Helfritz, Allg. Staatsr. S. 8.

[31]) Das öffentlichrechtliche Gepräge bleibt auch erhalten, wenn Beteiligte, die beide Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, nicht im Verhältnis der hoheitlichen Über- und Unterordnung stehen. (Vgl. Helfritz, Allg. Staatsrecht S. 8).

[32]) S. 13 Lehrbuch; vgl. auch Bornhak, Grundriß, S. 34.

Die Behauptung, der Staat könne sich den Staatsangehörigen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts nicht gleichberechtigt gegenüberstellen, ist nicht stichhaltig. So gut der Staat auf dem Gebiete des Privatrechts sich seinen Untertanen gleichstellen kann, muß er dies auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts können. Wenn es nicht im Widerspruch mit Begriff und Wesen des Staates steht, daß er sich die sachlichen Bedürfnisse zur Erfüllung seiner Aufgaben durch privatrechtliche Abmachungen verschafft, statt zur Auflegung von Steuern zu greifen oder vom Expropriationsrechte Gebrauch zu machen, so wird es auch dem Charakter des Staates als herrschenden Gemeinwesens nicht widersprechen, wenn derselbe sich Leistungen, statt sie zu erzwingen, auf dem Wege des Vertrages versprechen läßt. Wer also zugibt, daß der Staat privatrechtliche Verträge abschließen kann, muß auch die Möglichkeit öffentlichrechtlicher Verträge zugeben. Irgend ein rechtspolitisches Bedenken kann gegen diese Verträge nicht geltend gemacht werden, da es ja der Staat vollkommen in der Hand hat, wieweit er die Regelung öffentlichrechtlicher Verhältnisse durch Vertrag zulassen will (vgl. dazu III § 4).

Auch liegt es in der Natur der Sache, daß sich die staatliche Verwaltung des Mittels der Vertragschließung, abgesehen von den fiskalischen (privatrechtlichen) Verträgen nur ausnahmsweise bedienen wird. In der Regel werden die Verhältnisse von den Verwaltungsbehörden durch einseitige Verfügung geordnet; der Vertrag wird nur da zugelassen, wo die Anwendung des Befehls nicht bloß überflüssig wäre, sondern auch eine ungerechtfertigte Härte in sich schließen würde.

Bei öffentlichrechtlichen Verträgen handelt es sich in den meisten Fällen um vermögensrechtliche Verbindlichkeiten. Abzulehnen ist der vom Reichsgericht wiederholt[33]) eingenommene Standpunkt, daß jeder vermögensrechtliche Streit an sich schon ein Privatrechtsstreit sei, der vor die ordentliche Gerichte gehöre; vermögensrechtliche und zivilrechtliche Verhältnisse sind nicht gleichbedeutend[34]) es gibt auch vermögensrechtliche Ansprüche des öffentlichen Rechts. Mit der Vertragschließung wird eine Verteilung der gemeinsamen öffentlichen Lasten unter die Beteiligten

---

[33]) RGZ. Bd. 70 S. 81; Bd. 74 S. 192; Bd. 75 S. 41.
[34]) Vgl. Otto Mayer S. 136 Anm. 2.

bezweckt[35]). An der öffentlichrechtlichen Natur des durch Vertrag geordneten Rechtsverhältnisses wird dadurch nichts geändert.

Mit unserer Stellungnahme zu der Abgrenzung des privaten und öffentlichen Rechts überhaupt ist damit gleichzeitig unser Standpunkt gegenüber den einzelnen Theorien über den öffentlichrechtlichen Vertrag gegeben.

Man kann einen Vertrag nicht, wie Apelt es will, einen öffentlichrechtlichen nennen allein deswegen, weil die Regelung eines öffentlichen Interesses den Gegenstand des Rechtsgeschäftes bildet; nach den Ausführungen über das Wesen des öffentlichen Rechts gibt analog zwar das öffentliche Interesse einen gewissen Hinweis für das Vorhandensein eines öffentlichrechtlichen Vertrages. Aber dies allein wird für den öffentlichrechtlichen Vertrag noch nicht genügen, denn das öffentlichrechtliche Interesse hindert unter Umständen nicht, daß der Vertrag trotzdem ein Privatvertrag ist; dies ergibt sich z. B. aus dem Fall, daß die Stadtgemeinde einen Bildhauer mit der Herstellung eines Denkmals beauftragt. Zweifellos ist der Vertrag zwischen ihm und der Stadt ein Privatvertrag, obwohl das Interesse der Stadt ein öffentliches ist.

Wenn das öffentliche Interesse nicht das entscheidende Merkmal des öffentlichrechtlichen Vertrages ist, so wird man weiter danach forschen müssen. Hierbei erinnern wir uns der von Kormann und Neuwiem vertretenen Ansicht; sie sahen das Merkmal in der öffentlichrechtlichen Wirkung des Rechtsgeschäfts, mithin auch in der Entscheidung der Frage, ob ein aus dem Rechtsverhältnis hergeleiteter Anspruch im Wege des bürgerlichen Rechtsstreites verfolgt werden kann oder nicht (sei die Wirkung des Rechtsgeschäfts öffentlichrechtlich, so sei der Rechtsweg nicht gegeben).

Auch diese Auffassung kann nicht ohne weiteres befriedigen, denn in der Praxis handelt es sich gerade häufig um die Frage, ob der Rechtsweg gegeben sei. Dieser Zweifel läßt sich nur beseitigen, wenn man zuvor den Charakter des Rechtsgeschäfts, die Natur des Rechtsverhältnisses, bestimmen kann[36]; denn es gibt Fälle, wo das Gesetz für öffentlichrechtliche Ansprüche den Rechtsweg zuläßt, z. B. bei dem von Otto Mayer soviel behandelten Beamtendienstverhältnis, das deswegen nicht etwa privatrecht-

---

[35]) Vgl. Meyer-Dochow S. 35.
[36]) Vgl. Helfritz, Allg. Staatsr. S. 9.

licher Natur ist; im Gegenteil, wäre dies der Fall, so würde der Rechtsweg für Ansprüche aus dem Beamtendienstverhältnis ohne weiteres gegeben sein; der Gesetzgeber hätte ihn nicht ausdrücklich zu gewähren brauchen. Umgekehrt kann der Gesetzgeber einen öffentlichrechtlichen Anspruch im bürgerlichen Recht regeln, so daß damit der Rechtsweg gegeben ist (vgl. z. B. § 839 BGB. Schadensersatzpflicht bei Amtspflichtverletzung eines Beamten). Die fehlende Geltendmachung eines Anspruchs im Rechtswege, überhaupt die öffentlichrechtliche Wirkung ist also kein sicheres Erkennungszeichen für das Vorhandensein eines öffentlichrechtlichen Vertrages.

Die genannte Auffassung Kormanns hat zwar Richtiges im Auge; sie läßt sich vielleicht noch besser formen; denn die Wirkung ist erst die Folge einer Rechtshandlung; den Charakter dieses Rechtsgeschäfts soll man aber bereits bestimmen können, wenn es abgeschlossen ist.

Ein Vertrag des öffentlichen Rechts liegt vielmehr dann vor, wenn er bei Gleichordnung der Kontrahenten eine Gestaltung von Lebensgebieten bedeutet, die von einer Befehlsgewalt beherrscht werden und die der Staat aus öffentlichem Interesse zwangsweise geregelt hat.

Damit ist der Unterschied vom Privatvertrag und der Begriff des öffentlichrechtlichen Vertrages deutlich gekennzeichnet. Die öffentlichrechtlichen Verträge unterscheiden sich von den privatrechtlichen nicht äußerlich, sondern nur inhaltlich, nicht ihrer rechtlichen Struktur, sondern nur ihrem Gegenstand nach. —

b) **Von der Vereinbarung.**

Im öffentlichen Recht ist die Terminologie der Rechtsgeschäfte keine einheitliche. Bald spricht das Gesetz von Verträgen, bald von Vereinbarungen u. a. Besonders letzteren Begriff verwendet der Gesetzgeber häufig[37]). Deswegen soll kurz auf den Unterschied von Vereinbarung und öffentlichrechtlichem Vertrag hingewiesen werden.

Ist bei einem Vertrage nur eine Partei zur Erfüllung einer Leistung verpflichtet, so muß ihre Leistung von der Art sein, daß sie vom Vertragsgegner nach der ganzen Anlage des Vertrages nicht gleichfalls vorgenommen werden könnte; anders bei der Vereinbarung, wo die Handlung

---

[37]) Oft ist aber damit vom Gesetz die *vertragliche* Regelung öffentlichen Rechts gemeint.

von einem oder allen vorgenommen werden kann[38]). Der öffentlichrechtliche Vertrag löst Handlungen mit verschiedenem Rechtserfolg aus. Die Handlungen, die von der Vereinbarung ausgelöst werden, gehen auf einen einheitlich gewollten Rechtserfolg aus. Einen öffentlichrechtlichen Vertrag können beliebige Rechtssubjekte abschließen (vgl. unter § 3, S. 26 ff.). Die Vereinbarung des öffentlichen Rechts hat nur zwischen öffentlichrechtlichen Verbänden Bedeutung; die Vereinbarung schafft für mehrere an einem Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts Beteiligte, die nicht durch einen organisierten Verband zusammengeschlossen sind, objektives Recht, nicht subjektive Rechte. Grundsätzlich ist für eine rechtsetzende Vereinbarung staatliche Genehmigung nötig, für den Vertrag dagegen nicht[39]).

Als Beispiele für Vereinbarungen sind vor allem zu nennen die Vereinbarungen über Wegebaulasten zwischen den Wegebaupflichtigen, sog. Wegebaurezesse (§ 17 der Wegeordnung f. d. Provinz Sachsen, § 18, Abs. 3 des DotationsgeseGes von 1875) und über Schulunterhaltung, ferner die Regelung der Rechtsverhältnisse des Zweckverbandes durch Vereinbarung (vgl. § 9 des Zweckverbandgesetzes).

Wie die Vereinbarung, so ist auch der Gesamtakt[40]) vom öffentlichrechtlichen Vertrage zu unterscheiden[41]). Der Unterschied liegt darin, daß beim Gesamtakt sich mehrere Personen zur Erreichung eines Erfolges verbinden, an welchem sie alle das g l e i c h e Interesse haben. Ein Hinweis auf den Gesamtakt ist an dieser Stelle deswegen von Bedeutung, weil es Autoren gibt (vgl. z. B. von Stengel), die in der Gründung öffentlicher Korporationen (Genossenschaften, Innungen) irrtümlich Verträge, und zwar öffentlichrechtliche Verträge erblicken, sofern die Gründung nicht ausnahmsweise auf obrigkeitlicher Zwangsvorschrift beruht.

---

[38]) Vgl. Hatschek, Lehrbuch, S. 56 ff.; Kormann, System S. 42; Helfritz, Allg. Staatslehre S. 15.

[39]) Eine andere Frage ist es, ob der öffentl.rechtl. Vertrag einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf (vgl. § 4, S. 27 ff.).

[40]) Der Begriff des Gesamtaktes ist zum erstenmal von Gierke für den Gründungsakt einer Körperschaft verwandt worden.

[41]) Über das Verhältnis zwischen den Begriffen Vereinbarung und Gesamtakt herrscht in der Wissenschaft Streit (vgl. Binding, Zum Werden und Leben der Staaten, München u. Leipzig 1920, S. 191 ff.).

c) Von der einseitigen Verfügung unter einer Auflage oder Bedingung.

Gewisse Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung des öffentlichrechtlichen Vertrages vom einseitigen Verwaltungsakt unter Zustimmung des Beteiligten, der sich eng berührt mit der von uns ins Auge gefaßten Vertragsform, so daß Otto Mayer ursprünglich ganz mit Recht dagegen auftrat, jene einseitigen Staatshoheitsakte unter Einwilligung des Betroffenen als öffentlichrechtliche Verträge zu bezeichnen. — Gedacht ist dabei an Verfügungen an die die Verwaltungsbehörde Bedingungen oder Auflagen knüpft[42]).

Die Möglichkeit eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts ist deswegen gegeben, weil die Gültigkeit der erteilten Verfügung von der vorgängigen Einwilligung des Beteiligten in die bestellte Bedingung abhängig gemacht wird. Das allgemein vertragliche Moment könnte auf der einen Seite sein: Die Willenserklärung des Staates in der Exekutive, auf der anderen Seite die Einwilligung des Betroffenen. Die Willensübereinstimmung kann Vertrag sein, braucht es aber nicht. Das, was hinzutreten muß, um die Willensübereinstimmung zum Vertrag zu erheben, ist die rechtliche Gleichwertigkeit der beteiligten Willen. Sie aber gerade fehlt nach der modernen staatsrechtlichen Auffassung in dem Verhältnis zwischen dem Untertan und dem überragenden Inhaber des imperium. Die einseitige Verfügung mit Zustimmung ist daher scharf zu scheiden vom Vertrag. Durch die Zustimmung des Betroffenen wird der rechtliche Charakter der Verfügung nicht verändert. Die Verfügung bleibt ein einseitiger Willensakt der Verwaltung, für dessen Gültigkeit die Einwilligung des Privaten keine Voraussetzung bildet.

Otto Mayer hatte mit seiner früheren Ansicht recht, wenn er die Begründung des Beamtenverhältnisses oder die Naturalisation der Ausländer nicht als öffentlichrechtliche Verträge bezeichnen wollte. Raum für den Vertrag ist nur dort, wo für die Herbeiführung eines bestimmten Rechtserfolges von Gesetzes wegen der Wille einer jeden der beiden Parteien von gleichem juristischen Wert ist. Bei

[42]) Wo Bedingung oder Auflage im einzelnen Fall gegeben ist, richtet sich danach, ob die einseitige Verfügung, ohne Rücksicht auf die Erfüllung der Nebenbestimmung (Auflage) oder erst nach deren Ausführung (Bedingung) ihre Wirksamkeit ausübt. Diese Frage wird sich meistens nur nach dem Sinn und Zweck der Verfügung entscheiden lassen.

den eben genannten Rechtsverhältnissen bleibt der Staatswille der überragende Wille; er (oder die Gemeinde) allein hat die Macht, einen Beamten zu ernennen, einen Ausländer in den Staatsverband aufzunehmen. Die Form dieser Rechtshandlungen ist die einseitige Ernennung des Beamten durch das Staatsoberhaupt und die einseitige Verleihung der Staatsangehörigkeit.

Obwohl also bei den besprochenen Fällen die Zustimmung, ja vielmehr eine Bitte, ein Gesuch, ein Antrag (alles Zeichen der Unterordnung) des Privaten wesentlicher Bestandteil des Geschäfts ist, deren Fehlen den ganzen Akt ungültig macht, bleibt dieser eine einseitige Verfügung. Wenn jemand um eine Wirtschaftskonzession nachsucht, und die Behörde erteilt in Bewilligung dieses Gesuchs die Konzession, so kommt hierdurch kein Vertrag zwischen dem Gesuchsteller und der Behörde zustande, denn die Behörde und der Gesuchsteller verhandeln hier nicht auf dem Boden der Gleichberechtigung, sondern die Behörde verleiht dem ihrer Amtsgewalt untergebenen Gesuchsteller das erbetene Recht. Die in dem Gesuche liegende Einwilligung zur Erwerbung des Rechts hat nicht die Bedeutung vertragsmäßiger Zustimmung, sondern ist nur die Voraussetzung der Gültigkeit der einseitigen Verfügung.

Wann ein Vertrag, wann ein einseitiger Verwaltungsakt unter Zustimmung des Beteiligten gegeben ist, kommt auf den einzelnen Fall an. Ein sicherer Anhaltspunkt ist die Prüfung, ob die beteiligten Willen rechtlich gleichwertig sind und ob die Behörde zum Abschluß von Verträgen berechtigt ist; denn das, was die Behörde durch ein Gebot oder Verbot herbeizuführen hat, kann sie ohne gesetzliche Ermächtigung nicht zum Inhalt eines mit dem betreffenden Untertan geschlossenen Vertrages machen.

Sehr zu beachten ist bei der Beurteilung von Rechtsfällen, daß nicht selten *neben* der Verfügung zwischen der Behörde und dem betroffenen Privaten noch ein *Privat*vertrag zustandekommt, worin sich die Behörde Leistungen versprechen läßt, die sie im Rahmen der Verfügung nicht auferlegen konnte. Besonders kann sich dann die z. B. an den Erlaß der Verfügung geknüpfte Bedingung als Angebot zu einem Privatvertrag darstellen, von dessen Abschluß die Wirksamkeit der Verfügung abhängen soll (beispielsweise die einem Fabrikbesitzer erteilte Erlaubnis zur Mitführung eines zweiten Anhängewagens für seine Lastkraftfahrzeuge, falls er eine gewisse Chausseestrecke neu pflastere).

§ 2.

Sind Verträge zwischen nicht gleichgeordneten Personen begrifflich möglich?

Wenn im Vorausgegangenen die Rede war von der rechtlichen Gleichwertigkeit der beteiligten Willen, so war damit ein Wesenszug hervorgehoben, der allen Verträgen gemeinsam ist. Jeder Vertrag setzt Gleichordnung der Parteien voraus. An diesem Grundsatz läßt sich nicht rütteln. Andererseits kann man nicht mehr leugnen (nach obigen Ausführungen), daß öffentlichrechtliche Verträge zwischen gleichgeordneten Personen möglich sind und auch wirklich vorkommen. Auf sie trifft ja das von Otto Mayer erhobene Bedenken, hergeleitet aus der begrifflichen Undenkbarkeit der Verträge zwischen nicht gleichgeordneten Personen, nicht zu. Diese echten Verträge sind in dem ganzen Streit, wie Kormann[43]) sehr richtig hervorhebt, immer übersehen worden. Man dachte nicht an eine vom Gesetz im öffentlichen Recht ausnahmsweise erlaubte Gleichordnung. Selbst entschiedene Gegner des öffentlichrechtlichen Vertrages müssen Verträge im öffentlichen Recht anerkennen, wenn die Beteiligten sich gleichgeordnet gegenüberstehen.

So, wie wir den öffentlichrechtlichenVertrag auffassen, handelt es sich um Beziehungen zwischen Gleichgeordneten. Lebhafter Streit besteht aber darüber, ob die Form des Vertrages auch anwendbar ist zur Umgehung von Rechtsverhältnissen zwischen dem Herrscher Staat und seinen Untertanen. Dabei ist entschieden zu betonen, daß sich Staat und Untertan, zwei Rechtssubjekte des öffentlichen Rechts, die im über- und Unterordnungsverhältnis stehen (z. B. der Staat und ein Kommunalverband) in einem Vertrage nur gleichberechtigt gegenüberstehen können. Einen Vertrag, der dem Staat vollen Vorrang über den anderen Vertragsteil gibt, einen Vertrag, innerhalb dessen der Staat einseitig befiehlt, wie er zu erfüllen ist, und der andere Vertragsteil zu gehorchen hat, gibt es nach deutschem Recht nicht[44]). Das wären keine Verträge, auch keine Verträge des öffentlichen Rechts. Der Vertrag, der keineswegs nur ein Privatrechtstitel, vielmehr ein dem öffentlichen wie dem privaten Recht gemeinsame Form

[43]) System S. 30 ff.

[44]) In der französischen Praxis gibt es solche Verträge, die sog. contracts administratifs.

einer Rechtsgestaltung ist, beruht im öffentlichen Recht ebenso auf Gleichordnung wie im privaten Recht. Verträge ohne Gleichordnung der Kontrahenten sind begrifflich nicht denkbar.

Diejenigen, die Verträge[45]) zwischen nicht Gleichgeordneten anerkennen, denken an Verträge, bei denen die Kontrahenten außerhalb des Vertrages über- und untergeordnet (z. B. der Staat und ein Kommunalverband), innerhalb des Vertrages natürlich gleichgeordnet sind; sie meinen die schon angedeutete Frage (S. 17 ff.), ob der Staat dem Untertan auch einmal (im öffentlichen Recht) als Gleichgeordneter gegenüber treten darf, eine Frage, die Otto Mayer verneinte und damit zur Ablehnung öffentlichrechtlicher Verträge gelangte. — „Wir aber preisen es als eine Errungenschaft des Rechtsstaates," um die Worte Fleiners zu gebrauchen[46]), „daß die Verwaltung selbst Untertan des Gesetzes geworden ist und wir sind stolz darauf, daß der Staat die von ihm durch einseitige Verfügung begründeten öffentlichen Rechte der Untertanen gegen sich gelten lassen muß. Weshalb soll der Herrscher Staat, abgesehen von seiner privatrechtlichen Seite als Fiskus, an ein vertraglich gegebenes Versprechen dem Untertanen gegenüber weniger gebunden sein?" „Wo der Staat nicht als reine Zwangsinstitution erscheint," sagt Grosch[47]), „da ist nicht nur die Möglichkeit gegeben, sondern es ist tatsächlich durchgeführt, daß er wie jede andere juristische Person behandelt wird. Er wird wie ein Privatrechtssubjekt im Gebiete des Privatrechts tätig. Hier erscheint der Staat selber als schlichte, juristische Person des öffentlichen Rechts; er wird damit einfach als juristische Person des öffentlichen Rechts tätig. Der Staat, der eine öffentliche Unternehmung begründen will, kann nicht dem Subjizierten das Eigentum wegnehmen; wie jede juristische Person des öffentlichen Rechts ist auch er an die Rechtsordnung gebunden. Der Staat, wenn er, wie eine juristische Person des öffentlichen Rechts agiert, wird als solche behandelt. Er ist damit gleichgeordnet den anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Er kontrahiert wie auf dem Gebiete des Privatrechts, so auf dem des öffentlichen Rechts mit gleichberechtigten Personen; dort über Privatrechte, hier über öffentliche Rechte. Der

---

45) Falsche Problemstellung!
46) Vgl. auch Schön S. 260.
47) Jahrb. d. ö. R. 1911 S. 267 ff.

Staat steht demnach hierbei wieder völlig unter seiner Rechtsordnung."

§ 3.

Gehört es zum Begriff des öffentlichrechtlichen Vertrages, daß eine persona publica als Kontrahent mitwirkt?

Bei der Darstellung der Theorien wurde eine Ansicht erwähnt (Vertreter: v. Stengel, Apelt), die das Vorliegen eines öffentlichrechtlichen Vertrages weiterhin davon abhängig macht, daß eine persona publica als Vertreter öffentlicher Verwaltungen als Kontrahent mitwirke; mindestens auf einer Seite müsse eine Behörde, der Staat oder die Gemeinde beteiligt sein. Dieser Auffassung ist deswegen nicht beizutreten, weil die Mitwirkung einer persona publica noch kein Beweis ist für die Existenz eines öffentlichrechtlichen Vertrages. Die Gemeinden können beispielsweise als Korporationen des öffentlichen Rechts auch als Rechtssubjekte des Privatrechts handeln.

Wohl der erste, der sich gegen dieses Erfordernis wandte, war Kormann. Vor allem richtet er seine Blicke über das Verwaltungsrecht hinaus[48]) und betont zutreffend, daß z. B. die Prorogationsverträge des § 38 ZPO. oder des § 164 FGG. trotz Mitwirkung zweier Privatpersonen doch auch öffentlichrechtliche Verträge seien. Sie erfüllen die Erfordernisse des öffentlichrechtlichen Vertrages in unserem Sinne: Sie bedeuten eine Gestaltung öffentlichen Rechts und zwar des Zivilprozeßrechts; öffentlichrechtliche Rechtsinstitute[49]) bilden den Gegenstand des Vertrages.

Nach § 38 ZPO. wird ein an sich unzuständiges Gericht I. Instanz durch ausdrückliche oder stillschweigende „Vereinbarung"[50]) der Parteien zuständig. Nach § 164 FGG. kann in den Fällen, in denen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts jemand den Zustand oder den Wert einer Sache durch Sachverständige feststellen lassen kann, für die Ernennung, Beeidigung und Vernehmung der Sachverständigen durch eine ausdrückliche Vereinbarung der Beteiligten die Zuständigkeit eines anderen Amtsgerichts als des ursprünglichen begründet werden.

---

48) Allerdings kommen die öffentlichrechtlichen Verträge im Verwaltungsrecht am häufigsten vor.

49) Normen über den Gerichtsstand.

50) Gemeint ist vom Gesetz die vertragliche Regelung.

Wesentlich bleibt allein, daß der Handelnde als Träger öffentlicher Rechte und Pflichten auftritt. Auch eine Privatperson ist Träger öffentlicher Rechte und Pflichten. Daher steht nichts im Wege, daß ein öffentlichrechtlicher Vertrag zwischen Privatpersonen denkbar sein sollte. Es ist also nicht nötig, daß öffentlichrechtliche Verträge nur zwischen einer Behörde als Vertreterin des Staates und einem Untertan oder zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts geschlossen werden.

§ 4.

Der Abschluß eines öffentlichrechtlichen Vertrages bedarf der gesetzlichen Ermächtigung.

Es liegt in der Natur der Sache, daß die Verwaltung die von ihr zu regelnden Verhältnisse in der Regel durch einseitige Verfügung ordnen wird, weil sie keinen Anlaß hat, das durch Vertrag zu ordnen, was sie durch einseitige Verfügung regeln kann. Die Behörden sind zwar befugt, durch einseitige Willenserklärungen nach Maßgabe des objektiven Rechts und innerhalb ihrer Zuständigkeit konkrete Rechtsverhältnisse zu schaffen und zu gestalten; sie sind aber gewöhnlich nicht ermächtigt, dies durch Vertrag zu tun aus dem sehr wichtigen Grunde: Die Behörde würde auf diese Weise sich selbst in ihrer freien Bewegung und in ihrem Ermessen beschränken. Sie wäre als Schuldner gebunden und könnte bei Veränderungen des zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehenden Zustandes ihre obersten Interessen nicht verfolgen. Bei dem einseitigen Verwaltungsakt darf nur e i n Subjekt unter der Rechtsordnung stehen, da die Behörde in Ausübung hoheitlicher Funktionen nicht als eine der Rechtsordnung unterworfene Person, sondern als Rechtsautorität, als Rechtsordnung selbst auftreten soll. Ihre Willenserklärung muß ein Herrschaftsakt, ein Befehl, nicht Erfüllung einer Rechtspflicht und nicht Handlung eines Rechtssubjektes sein.

Der Abschluß eines öffentlichrechtlichen Vertrages ist deshalb stets nur zulässig auf Grund einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift, welche die Verwaltung ermächtigt, ein bestimmtes Verhältnis nicht durch einseitige Verfügung, sondern durch vertragsmäßige Vereinbarung zu regeln. So ist in jedem Falle zu prüfen, ob die Verwaltungsbehörde das konkrete Verhältnis im Wege des Vertrages regeln darf. Bei der Frage einer gesetzlichen Ermächtigung

für den Abschluß eines öffentlichrechtlichen Vertrages sei erinnert an die Ansicht von Apelt (vgl. oben S. 11), der davon absehen wollte, weil er aus einer Zahl übereinstimmender Einzelerscheinungen auf die Geltung eines gemeinsamen Obersatzes schloß. Diese Auffassung hat Neuwiem einer Kritik unterzogen; er weist mit Recht darauf hin, daß man sich der an sich zulässigen Methode der Begriffskonstruktion, von einer Kette kongruierender Einzelerscheinungen auf die Geltung eines gemeinsamen Obersatzes zu schließen, nur dann bedienen kann, wenn nicht den Einzelerscheinungen die Natur von Ausnahmebestimmungen innewohnt. Eine solche Ausnahmenatur ist aber den öffentlichrechtlichen Einzelnormen, die eine ausdrückliche Ermächtigung zur Eingehung von Verträgen enthalten, einzuräumen, wenn man von dem, wohl auch von Apelt nicht bestrittenen, Grundsatze ausgeht, daß öffentliche Rechte und Pflichten der Regel nach durch einen einseitigen Akt der Staatsgewalt zur Entstehung gelangen. Schlägt man in solchen Fällen die oben genannte Methode der Begriffskonstruktion ein, so macht man letzten Endes die Ausnahme zur Regel und verstößt gegen das die Grundsätze der Auslegung beherrschende Prinzip, daß Ausnahmebestimmungen keine entsprechende Anwendung vertragen.

Apelt begründet seine Ansicht weiterhin damit, daß in der Autonomie der Selbstverwaltungskörper die Befugnis mitenthalten sei, einen öffentlichrechtlichen Vertrag einzugehen; diese Begründung ist ebensowenig stichhaltig. Neuwiem betont zu Recht: „Die den Selbstverwaltungskörpern verliehene Autonomie findet ihre Grenze in dem staatlichen Gesetze selbst. Legt dieses ihnen eine öffentliche Pflicht auf, so können sie nicht im Wege vertraglicher Regelung die gesetzliche Verpflichtung auf einen anderen z. B. einen Privatunternehmer mit öffentlichrechtlicher Wirkung übertragen, ohne daß das Gesetz selbst sie hierzu bevollmächtigt.

Fleiner[51]) will auch das Gewohnheitsrecht als Ermächtigung zur Eingehung solcher Verträge genügen lassen. Gegen diese Auffassung müssen wir große Bedenken geltend machen. Das Gewohnheitsrecht kann insbesondere im Verwaltungsrecht keine große Rolle spielen. Auf dem Gebiete des staatlichen Lebens besteht begreiflicherweise in weit höherem Maße als auf dem Gebiete des privat-

---

[51]) S. 199, S. 202.

rechtlichen Verkehrs die Tendenz, alle Rechtsbeziehungen der staatlichen Organe zueinander und der einzelnen zur Gesamtheit möglichst genau durch Gesetz und Verordnung zu regeln und die Regelung nicht dem Gewohnheitsrecht zu überlassen. Außerdem fehlt es an einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung (communis opinio necessitatis) unter den Staatsbürgern, weil in den meisten Fällen die Mitwirkung einer Behörde oder Korporation notwendig sein wird. Eine Betätigung gemeinsamer Rechtsüberzeugung unter den Rechtsgenossen ist praktisch nicht möglich. Jedenfalls bleibt die Bildung von Gewohnheitsrecht in diesem Rechtssystem selten. Sollte man nun für den öffentlichrechtlichen Vertrag, einer Ausnahmeerscheinung, gerade das Gewohnheitsrecht für zulässig erklären? M. E. muß die Auffassung vorherrschen, daß dort, wo der Gesetzgeber die Verwaltung durch ausdrückliches Gesetz nicht hat binden, er überhaupt jede Bindung der Verwaltung durch Rechtsnormen hat vermeiden wollen, daß man also das Gewohnheitsrecht als Ermächtigung zur Eingehung von öffentlichrechtlichen Verträgen keinesfalls genügen lassen kann.

Die Behörde darf zum Vertrag nur greifen in den Fällen, in denen das Gesetz die Vertragsform ausdrücklich zugelassen und dadurch auf die einseitige Regelung eines Rechtsverhältnisses verzichtet hat, oder negativ ausgedrückt: Unzulässig ist vertragliche Ausgestaltung, wo der Gesetzgeber eine andere Form der Regelung vorgesehen hat[52]). Eine andere Ansicht verfolgt das Reichsgericht[53]). Dort heißt es: Es steht kein Gesetz entgegen, daß der Grundeigentümer unter Verzicht auf seinen Anspruch die Frage der Bauerlaubnis im Wege der Vereinbarung mit der Gemeinde anderweit regele. M. E. übersieht das Reichsgericht gerade die Gesichtspunkte, die uns veranlaßten, für den Abschluß öffentlichrechtlicher Verträge unbedingt eine gesetzliche Ermächtigung zu verlangen.

Läßt sich die Behörde zum Abschluß eines Vertrages **ohne** gesetzliche Ermächtigung herbei, so ist ihre ganze Anordnung nichtig.

Es folgt nun eine Aufzählung praktischer Beispiele von gesetzlich gestatteten Verträgen des öffentlichen Rechts. Das Hauptanwendungsgebiet dieser Verträge bilden das

---

[52]) Fleiner, Institutionen S. 199 ff.; Fleiner, Einzelrecht S. 29, 31. Neuwiem, S. 22, 23; Prazak i. Arch. f. öff. Recht Bd. 4, S. 301; a. A. Apelt bei Neuwiem S. 22 Anm. 1.

[53]) RGZ. Bd. 53 S. 187 ff.; Bd. 56 S. 9.

Armen-, Schul- und Wegerecht: Im § 5 Abs. 2 der Verordnung über die Fürsorgepflicht vom 13. 2. 1924 besteht die Möglichkeit einer Einigung der Fürsorgeverbände über eine andersartige Verteilung der Fürsorgepflichten[54]). § 5, Abs. I und II und § 30, 5 Pr. Schul- und Unterhaltungsgesetz vom 28. 7. 1906 läßt zu eine Vereinbarung der Schulverbände über die Vergütung für gastweise Zuweisung von Schulkindern und über Bau- und Unterhaltspflicht bei gemeinsamen Gebäuden zwischen Schulverband und kirchlich Beteiligten. Im § 4 des Preuß. Gesetzes betr. die Vorausleistung zum Wegebau vom 18. 8. 1902 heißt es: Bei dauernder Abnutzung eines Weges kann für die Vorausleistung ein Beitrag oder ein Beitragsverhältnis mit der Maßgabe festgesetzt werden, daß die Festsetzung solange gilt, bis der Beitrag oder das Beitragsverhältnis im Wege gütlicher Vereinbarung oder anderweiter Festsetzung geändert ist.

Aus anderen Verwaltungszweigen dienen als Beispiele: § 68 Abs. II, 2 des Pr. Kommunalabgabengesetzes von 1893. Er spricht von vertragsmäßigen Festsetzungen über Anrechnung von Spanndiensten auf Handdienste; ferner: Verträge der Finanzbehörden mit den Abgabepflichtigen über die Höhe der einzelnen Abgabe (vgl. Preuß. K.A.G. von 1893 § 13 Abs. II). Dahin gehören weiterhin die Bestimmungen der §§ 43 und 47 desselben Gesetzes, wonach den Gemeinden Verträge mit Steuerpflichtigen gestattet sind, gemäß denen von fabrikmäßigen Betrieben und von Bergwerken an Stelle der Gemeindesteuer vom Einkommen und vom Gewerbebetriebe ein für mehrere Jahre im voraus zu bestimmender fester jährlicher Steuerbeitrag zu entrichten ist; auch § 1666 Reichsversicherungsordnung gestattet den Parteien, sich über einen streitigen Anspruch bei der Krankenversicherung zu vergleichen, d. h. nach § 779 BGB. können die Beteiligten durch einen Vertrag den Streit oder die Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigen.

Zu der großen Zahl erlaubter Verträge des öffentlichen Rechts zählen Abmachungen zwischen Grundeigentümer und Gemeinde über Abtretung von Grundstücken und Kosten der Straßenherstellung, Verträge zwischen dem Exproprianten und dem Expropriaten über die Höhe der Entschädigungssumme, Vereinbarungen zwischen einer

---

[54]) Vgl. auch § 55 des früheren Unterstützungswohnsitzgesetzes v. 1908.

Gemeinde und dem Schullehrer über Gewährung einer Dienstwohnung, Verträge mehrerer Gemeinden, Kommunalverbände und der ihnen gleichstehenden Organisationen über die Errichtung gemeinsamer Schulen, über Bau und Unterhalt von Wegen und Brücken. Besonders also in den Fällen, in welche mehrere Personen eine öffentliche Last gemeinschaftlich zu tragen haben, vereinbaren sich die Pflichtigen vertraglich darüber, wie sie die Last unter sich verteilen[55]). Dabei ist zu betonen, daß es sich nicht um eine privatrechtliche Regelung öffentlicher Lasten unter den öffentlichrechtlich Verpflichteten handelt, vielmehr um die Gestaltung öffentlichen Rechts durch Vertrag auf Grund gesetzlicher Ermächtigung. Die Beteiligten schließen nicht etwa Privatverträge miteinander ab, wenn auch bisweilen die Kontrahenten Privatpersonen sind.

Aus anderen Gebieten des öffentlichen Rechts lassen sich nennen neben genannten Beispielen aus dem Steuerrecht: Der Anleihevertrag bei Ausgabe von Staatspapieren[56]), die internationalen völkerrechtlichen Verträge ferner aus dem Prozeßrecht die Prorogationsverträge aus § 38 ZPO. und aus dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Bestimmung des § 164 FGG.[57]).

§ 5.

Über die Form des Vertragsschlusses und das objektive Vertragsrecht.

Bedarf nun der Abschluß eines öffentlichrechtlichen Vertrages außer der als Voraussetzung festgestellten gesetzlichen Ermächtigung auch einer besonderen Form? Es dürfte richtig sein, daß die Form im öffentlichen Recht eine größere Rolle spielt als im Privatrecht. Schon in den letzten Teilen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, im Familien-

[55]) Es handelt sich also häufig nicht um Begründung neuer, sondern um Abänderung bereits bestehender gesetzlicher Rechte und Pflichten.

[56]) Vgl. Löning S. 131.

[57]) Seit der Revolution kann der Staat auf Privatverträge in Wohnungsangelegenheiten, Arbeitsverhältnissen u. dergl. zwangsweise einwirken. Es sind Zweifel laut geworden, ob die an sich privatrechtlichen Verträge durch den staatlichen Zwang sich in öffentlichrechtliche Verträge umgewandelt hätten (vgl. Hatschek, Lehrbuch, S. 57). Diese Zweifel sind unberechtigt, da man in erster Linie den Inhalt des Vertrages beachten und diesen von der Art der Entstehung des Rechtsverhältnisses unterscheiden muß: der Inhalt der genannten Verträge ist aber privatrechtlicher Natur.

und Erbrecht, wird der Form eine erheblich höhere Bedeutung beigemessen, als im Privatrecht schlechthin. Als Grundsatz läßt sich aber auch im öffentlichen Recht die Formlosigkeit feststellen, wenn auch praktisch die Schriftlichkeit vorherrschen, insbesondere eine den Inhalt der Vereinbarung enthaltende Urkunde (Protokoll, Beschluß, Verfügung u. dgl.) errichtet werden wird. Daß diese Urkunde nicht selten als einseitiger Verwaltungsakt auftritt, kann das Sachverhältnis nicht ändern. Notwendig ist die Form jedenfalls nur dort, wo sie das Gesetz ausdrücklich vorschreibt, grundsätzlich jedoch nicht.

Die Beurteilung des geschlossenen Vertrages geschieht nach objektivem Vertragsrecht; denn der Umstand, daß die öffentlichrechtlichen Verträge ihrer Struktur nach den privatrechtlichen gleich sind und sich von ihnen nur durch den Vertragsinhalt unterscheiden, bedeutet nicht ohne weiteres die analoge Anwendung der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Frage, woher das objektive Vertragsrecht stamme, nach dessen Normen derartige Rechtsgeschäfte zu beurteilen seien, da nun einmal über diese Normen die Gesetze schweigen, beantwortet Jellinek[58]) dahin: „Gelöst wird sie durch die Erkenntnis, daß der Vertrag eine allgemeine Rechtsform ist und daher gewisse allgemeine Elemente des Vertrages vorhanden sind, die auch ohne ausdrückliche Anerkennung durch den Gesetzgeber objektives Vertragsrecht bilden."

Allgemeine ausdrücklich gesetzliche Normen des öffentlichen Rechts über Vertragsrecht stehen nicht zur Verfügung. Es wird infolgedessen wieder der bereits aus der rechtsgeschichtlichen Vergangenheit bekannte Weg betreten und auf das Privatrecht und dessen Rechtsvorschriften zurückgegriffen werden müssen. Es ist erklärlich, daß man in Wissenschaft[59]) und Rechtsprechung vom Privatrecht entweder Begriffe entlehnt mit gewissen, durch den Gedanken des öffentlichen Interesses bedingten Modifikationen, oder solche als beiden Rechtsgebieten gemeinsam in Anspruch nimmt, um den Rechtsschutz des einzelnen in seinen öffentlichrechtlichen Beziehungen in jeder Hinsicht zu vervollkommen (in formeller Hinsicht dient hierzu das Verwaltungsstreitverfahren).

58) System S. 222 ff.

59) Jellinek, System S. 314; Prazak i. Arch. f. öff. Recht Bd. 4, S. 300 ff.; Radnitzky, Parteiwillkür i. öff. Recht; Rehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes, in Hirts Annalen 1885, S. 139.

Es wird anzuerkennen sein, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in seinen allgemeinen Lehren, in seinen Begriffsbestimmungen die wissenschaftliche Grundlage für die ganze Rechtsordnung bildet und daher diese Begriffe aus einem inneren Bedürfnis heraus, obwohl sie ursprünglich nur für das Gebiet des Privatrechts geschaffen worden sind, auch für das öffentlichrechtliche Gebiet in Anspruch genommen werden müssen. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist nicht etwa nur „eine Sammlung bürgerlicher Rechtssätze", sondern enthält auch Vorschriften, die wegen ihres allgemeinen Charakters auf beiden bezeichneten Rechtsgebieten Geltung haben. „Die neuere Rechtswissenschaft wird sich immer klarer darüber, daß von einer Reservierung von juristischen Tatsachen bestimmter Art für das Gebiet des Privatrechts keine Rede sein kann, daß es „gemeinsame Moliküle" des juristischen Denkens gibt, auf welchen der verschiedenen Zweige des Rechts dasselbe sich auch immer erstrecken mag, daß es eine Reihe gemeinsamer Begriffe und Probleme für das Privat- und öffentliche Recht gibt, sowie, daß Rechtsinstitute des öffentlichen Rechts auf denselben ökonomischen Zweck gerichtet sein können, wie solche des Privatrechts[60])."

Privatrechtliche Bestimmungen, welche insbesondere aus dem Wesen des Vertrages hervorgehen, also z. B. Vorschriften über Abschluß und Erfüllung der Verträge, über die Verpflichtung zur Leistung, über Rücktritt und Verzug, werden für die Beurteilung öffentlichrechtlicher Verträge Anwendung finden müssen, natürlich nur insoweit, als sie nicht den durch solche Verträge angestrebten öffentlichen Zwecken zuwiderlaufen. Die privatrechtlichen Vorschriften können nur als Ergänzung des mehr oder minder lückenhaften öffentlichen Rechts herangezogen werden. Die Beurteilung nach sog. objektivem Vertragsrecht entfällt von selbst, sobald eine besondere Regelung durch öffentlichrechtliche Bestimmungen getroffen ist[61]).

Soweit eine andersartige Regelung aber nicht vorgesehen ist, muß auf die privatrechtlich ausgebildeten und bedeutungsvollen Begriffe, die sich auf die vertragschließenden Parteien und ihre Willensäußerungen beziehen, z. B. Rechts- und Geschäftsfähigkeit, Irrtum, Vorsatz, Fahrlässigkeit, zurückgegriffen werden, wenn man zu einer gerech-

---

[60]) Vgl. Tezner Arch. f. öff. R. Bd. 9 S. 351.

[61]) Jellinek, System S. 66; v. Gehe, Fischers Zeitschrift Bd. 34, S. 156; Löning, Lehrbuch S. 246.

ten und befriedigenden Entscheidung über ein öffentlichrechtliches Vertragsverhältnis kommen will. Es handelt sich ja bei öffentlichrechtlichen Verträgen nicht um einseitige Herrschaftsakte der Staatsgewalt, sondern um vertragliche Beziehungen zwischen gleichgeordneten Personen, die nicht einmal Personen des öffentlichen Rechts zu sein brauchen (§ 3 S. 26 ff.). Die Willenserklärungen der Vertragsparteien können also mit denselben Beschränkungen und den gleichen Mängel behaftet sein, Bedingung, Befristung, Modus können ebenso Bedeutung bekommen wie bei privatrechtlichen Verträgen. Ebensowenig ist die Verjährung ein speziell privatrechtliches Institut, sondern teilt auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts das gleiche Schicksal, wie die des Privatrechts (vgl. Prazak i. Arch. f. öff. Recht Bd. 4, S. 300 ff.)[62]).

Wenn also die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht ohne weiteres anzuwenden sind, so wird eine analoge Anwendung seiner Normen zur Ergänzung des öffentlichen Rechts vielfach angezeigt und gerechtfertigt sein, insbesondere, wenn es sich um Rechtsverhältnisse handelt, die den privatrechtlichen gleich oder ähnlich sind und gleiche Zwecke verfolgen, oder wo das öffentliche Recht solche Begriffe verwendet, die zunächst auf dem Gebiete des Privatrechts ausgebildet sind.

Aus praktischen Gründen wird man also die allgemeinen Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuches, die sich auf Abschluß und Erfüllung der Verträge, auf die Verpflichtung zur Leistung, auf Verzug und Rücktritt beziehen, neben den allgemein gültigen Rechtsinstituten außerhalb

---

[62]) Die Frage nach der Anwendung privatrechtlicher Normen über Rechts- und Geschäftsfähigkeit, Irrtum, Fahrlässigkeit usw. auf öffentlichrechtliche Verträge berührt sich mit dem Problem des fehlerhaften Staatsaktes (vgl. Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt, S. 44 ff.; Hatschek, Lehrbuch S. 96 ff.), weil man der Meinung sein kann, daß ein z. B. nichtiger Vertrag unter dem Gesichtspunkt des fehlerhaften Staatsaktes und nicht nach allgemeinen objektiven Vertragsvorschriften zu betrachten sei; man würde dann davon auszugehen haben, daß bei öffentlichrechtlichen Verträgen die Rechtshandlung jeder der Kontrahenten, die doch bei diesen Verträgen als Träger hoheitlicher Rechte und Pflichten auftreten können, ein Staatsakt sei.

Es kann zweifelhaft sein, was bei der Frage des fehlerhaften Staatsaktes unter „Staatsakt" zu verstehen ist. Jellinek faßt in seiner Schrift fehlerhafte, einseitige Staats*hoheits*akte, also die fehlerhafte Betätigung des Staates im Verhältnis von Über- und Unterordnung, ins Auge. Die Frage, ob die infolge Mißbrauchs der Organisationsgewalt oder infolge Verletzung der Zu-

des Vertragsrechts, neben den Vorschriften über Rechts- und Geschäftsfähigkeit, über Mängel und Beschränkungen des Willens, über Vorsatz und Fahrlässigkeit, Irrtum, Bedingung und Verjährung zu Hilfe nehmen und zur Anwendung bringen, soweit sich nicht aus der öffentlichrechtlichen Natur des Vertrages etwas anderes ergibt[63]).

IV. Ein System der öffentlichrechtlichen Verträge.

Nach Klarstellung der strittigen Punkte über das Wesen des öffentlichrechtlichen Vertrages, über seine Erfordernisse, über Abschluß und Form soll versucht werden, diese Verträge in ein System zu bringen.

Nach den verschiedensten Gesichtspunkten ließen sich diese Verträge ordnen, einmal wie im bürgerlichen Recht in Konsensual-, Real- und Litera kontrakte; ferner in gegenseitige und einseitige, je nachdem, ob die einzelne Verpflichtung in einem Entgeltverhältnis besteht oder nicht; weiterhin wäre eine Ordnung nach dem Gegenstand des Vertrages denkbar, etwa eine Unterscheidung von öffentlichrechtlichen Verträgen, die auf eine positive Leistung gehen und solche, die eine Regelung und Verteilung öffentlicher Lasten zum Inhalt haben.

Am brauchbarsten ist aber ein System, das nach den beteiligten Personen ordnet[64]). Gerade dieser Gesichtspunkt wurde bei der Betrachtung der öffentlichrechtlichen Verträge besonders hervorgehoben (III, § 3); deswegen verdient es den Vorzug vor den genannten, dem Privatrecht eigentümlichen Systemen.

---

ständigkeitsordnung und der Normen für die Organbestellung und für die organschaftlichen Willensäußerungen fehlerhaften Staatsakte nichtig, anfechtbar oder gültig sind, hat m. E. nur Bestand, wenn man unter „Staatsakt" den Staatshoheitsakt erblickt; denn die eingehenden Untersuchungen in der Wissenschaft über den fehlerhaften Staatsakt sind von dem Bestreben getragen, das Vertrauen des Staatsbürgers auf die Gültigkeit des Staatsaktes *im Verhältnis von Staat zu Untertan* zu schützen, selbst zum Nachteil des Staates.

Bei einem Verhältnis zwischen gleichgeordneten Kontrahenten des öffentlichrechtlichen Vertrages fehlt es an dem vorbezeichneten Rechtsschutzinteresse. Die vertragschließenden Parteien können sich daher nur auf die allgemeinen Vertragsvorschriften berufen; ihre Handlungen und Erklärungen lassen sich nicht unter dem Gesichtspunkt fehlerhafter Staatsakte betrachten.

63) Vgl. auch Löning S. 132.

64) Vgl. Kormann, System S. 30.

Danach lassen sich drei Gruppen unterscheiden:

Es gibt einmal öffentlichrechtliche Verträge

a) zwischen gleichgeordneten juristischen Personen des öffentlichen Rechts, d. h. zwischen Kommunalverbänden oder öffentlichen Korporationen[65]) und Anstalten. Kormann weist dabei besonders darauf hin[66]), daß die Verträge nur zulässig sein sollen auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Anerkennung; andernfalls käme höchstens ein privatrechtlicher Vertrag ohne öffentlichrechtliche Wirkungen zustande, ein Privatvertrag, der die öffentlichrechtliche Verpflichtung, z. B. die Wegebaulast, gänzlich unberührt lasse und höchstens dem öffentlichrechtlich Verpflichteten einen privatrechtlichen Anspruch auf finanzielle Schadloshaltung gewähre.

Gegenüber diesem Hinweis Kormanns bleibt nur zu wiederholen[67]), daß bei fehlender Ermächtigung kein Privatvertrag an Stelle des öffentlichrechtlichen Vertrages zustande kommt, sondern die Nichtigkeit des öffentlichrechtlichen Vertrages gegeben ist.

b) zwischen einer Person des öffentlichen und einer des privaten Rechts nach dem Prinzip der Gleichordnung. Die Möglichkeit solcher Verträge wurde bei der Erörterung der Frage bezüglich der Zulässigkeit der Gleichordnung von Staat und Untertan nachgewiesen. Kormann erwähnt diese Gruppe nicht; dafür bringt er Verträge zwischen nicht gleichgeordneten Personen und zwar mit Personen, die eine dauernde, vererbliche öffentlichrechtliche Sonderstellung einnehmen, wie früher die Reichsunmittelbaren. Diese Vertragsgruppe bleibt in unserem System gegenstandslos, da wir „Verträge" zwischen nicht Gleichgeordneten nicht anerkennen konnten.

c) zwischen Privatpersonen untereinander; diese Verträge sind oft übersehen oder für Privatverträge gehalten worden (vgl. § 38 ZPO.). Nach unseren Darlegungen ist die Beteiligung einer Person des öffentlichen Rechts keine Voraussetzung für den öffentlichrechtlichen Vertrag.

---

[65]) Dazu zählen: Innungen, die Berufsgenossenschaften der Unfallversicherung, die Krankenkassen, die Handelskammern, die Landwirtschaftskammern, die Deichverbände, die Wald- und Wassergenossenschaften u. a.

[66]) System S. 30.

[67]) Desgleichen auch Fleiner, Institutionen. S. 200 ff.

V. Die Bedeutung des öffentlichrechtlichen Vertrages für den praktischen Verwaltungsbeamten.

Nach Abschluß des theoretischen Teiles der Abhandlung wollen wir das Ergebnis für die Praxis ins Auge fassen. Zunächst taucht die Frage auf:

Was hat der praktische Verwaltungsbeamte zu tun, um in Zweifelsfällen das Vorhandensein eines öffentlichrechtlichen Vertrages zu erkennen? Er hat zu prüfen, und damit sei kurz noch einmal oben Gesagtes zusammengefaßt, ob das Gesetz den Abschluß eines Vertrages zuläßt, ob außer der Wahrung des öffentlichen Interesses die als „Vertrag“ bezeichnete Erklärung die vertragsmäßige Gestaltung oder nur die Beurkundung (Anerkennung) einer bereits bestehenden öffentlichrechtlichen Verpflichtung enthält, ferner ob öffentlichrechtliche Rechtsinstitute den Gegenstand des Vertrages bilden und die Beteiligten Träger von Rechten und Pflichten öffentlicher Art sind.

Wird der praktische Verwaltungsbeamte immer, wo das Gesetz die Ermächtigung zum Abschluß öffentlichrechtlicher Verträge gibt, die Vertragsform wählen? Er wird dann zum Vertrage greifen, wenn durch seinen Abschluß besondere Schwierigkeiten oder besondere Umständlichkeiten des Verfahrens vermieden werden können, die mit einer einseitigen Regelung der betreffenden Rechtsverhältnisse verbunden sind, oder wenn die Anwendung des Zwanges nicht bloß überflüssig, sondern auch eine ungerechtfertigte Härte bedeuten würde. Wenn der Weg des Vertrages von vornherein nicht zum Ziele zu führen scheint, behält die Behörde die Möglichkeit, ihre Aufgabe durch Erlaß einer einseitigen Verfügung zu erfüllen, soweit das Gesetz dies zuletzt; sie muß nicht etwa die Vertragsform wählen. Dieses Zurücktreten des Vertrages hinter der einseitigen Verfüllung hat nach Fleiner[68]) zwei Ursachen: Die Abschließung eines Vertrages ist regelmäßig nur auf Grund wechselseitiger Zugeständnisse der Parteien möglich. Schafft der Gesetzgeber Raum für eine Vertragsschließung, so bietet er damit der Behörde die Gelegenheit, den einen Bürger besser zu behandeln als den anderen. Darum kann der Vertrag eine Gefahr für die Rechtsgleichheit

---

[68]) Institutionen S. 200 ff.

werden: Im Gegensatz zum Vertrag stellt die Verfügung die Form für die Verwirklichung der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz dar. Weiterhin aber, und das ist der zweite Grund für die Vorherrschaft der Verfügung im öffentlichen Recht, beruht die Verfügung allein auf dem Willen des Verfügenden. Dieses Moment macht sie der öffentlichen Verwaltung unentbehrlich.

Bei der Regelung öffentlichrechtlicher Verhältnisse durch Vertrag hat sich der Verwaltungsbeamte zu vergegenwärtigen, daß der Vertrag erst perfekt ist, wenn über die wesentlichen Punkte des Rechtsgeschäfts Übereinstimmung erzielt ist; insbesondere muß er sich also klar darüber sein, daß namentlich die Verwaltung nicht einseitig Bedingungen vorschreiben kann, obwohl sie allerdings bei Erteilung einer Konzession in der Lage ist, dem Antragsteller einseitig Bedingungen aufzuerlegen und von deren Erfüllung den Bestand der Konzession abhängig zu machen. Sodann kommt in Betracht, daß das durch Vertrag geregelte Verhältnis für die Zukunft der einseitigen Verfügung durch die Verwaltung entrückt ist, soweit eine solche einseitige Regelung nicht durch Gesetz zugelassen oder durch den Vertrag selbst vorbehalten ist. Der Vertrag verpflichtet die Vertragsparteien gegenseitig, den Vertragsinhalt zu erfüllen. Welche Veränderungen seit dem Abschluß des Vertrages auch eingetreten sein mögen: der Schuldner muß halten, was er einst unter ganz anderen Umständen versprochen hat, auch wenn die Erfüllung des Vertrages seinem Interesse direkt zuwider läuft und seine ganze Existenz gefährdet. Im übrigen steht der öffentlichrechtliche Vertrag, was seinen Abschluß, seine Perfektion, seine Wirkung und seine Wiederaufhebung anlangt, unter den allgemeinen, für alle Verträge geltenden Grundsätzen[69].

Streitigkeiten über die Auslegung und Vollziehung öffentlichrechtlicher Verträge gehören grundsätzlich vor die Verwaltungsgerichte[70]. Jedoch hängt es von den Bestimmungen der einzelnen Gesetze ab, ob sich nicht durch die Verwaltung b e h ö r d e n entschieden werden. Handelt es sich um öffentlichrechtliche Verträge zwischen Privatpersonen, wie z. B. die genannten Prorogationsverträge,

---

[69]) Vgl. oben S. 34.

[70]) Bei der Frage nach der Zuständigkeit zeigt sich deutlich der praktische Wert der theoretischen Untersuchungen über die Abgrenzung des öffentlichrechtlichen Vertrages.

so werden die ordentlichen Gerichte bei Streitigkeiten zu entscheiden haben. Der bloße, auf Zulassung des Rechtsweges gerichtete Wille der Kontrahenten ist einflußlos, da die Grenze des Rechtsweges durch Privatwillkür nicht verrückt werden kann[71]). In der Regel bestimmt das jeweilige Sach- und Streitverhältnis, welche Gerichte oder Behörden zuständig sind.

---

[71]) Stoelzel S. 48.

Lebenslauf.

Am 21. Oktober 1903 wurde ich, in Liegnitz als Sohn des Landschaftssyndikus Justizrat Hermann Seidel und seiner Ehefrau Marie, geb. Stumpf, geboren.

Ich bin evangelisch und preußischer Staatsangehöriger. Von Ostern 1910 an besuchte ich das städtische Gymnasium in Liegnitz, das ich Ostern 1922 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Von da ab studierte ich Rechts- und Staatswissenschaft an den Universitäten München und Breslau. Am 22. und 23. Januar 1926 bestand ich am Oberlandesgericht Breslau meine erste juristische Staatsprüfung, am 22. Februar 1926 vor der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau das Rigorosum. Seit dem 1. Juni 1926 bin ich im Vorbereitungsdienst als Referendar in Liegnitz beschäftigt.